



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

A C Ó R D ã O
(5ª Turma)
GMCB/rb/

AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE.

1. AVISO PRÉVIO. SÚMULA Nº 221. NÃO PROVIMENTO.

A indicação genérica de violação direta e literal do artigo 7º da Constituição Federal, sem a individualização, pela parte, do parágrafo, inciso ou alínea tido como violado, não autoriza o processamento do recurso de revista consoante entendimento perfilhado na Súmula nº 221.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

2. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REGIME 12X36. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. HORA FICTA NOTURNA. INTERVALO INTRAJORNADA. DESCARACTERIZAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO PROVIMENTO.

A não concessão do intervalo intrajornada e da hora noturna reduzida impõe seja sanada essa ilegalidade, mas não descaracteriza, por si só, o regime de compensação de jornada por escala 12 x 36 quando devidamente observada a carga de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso prevista em norma coletiva. Assim, não havendo notícia de horas extraordinárias habituais a descaracterizar o acordo de compensação, permanece hígido o ajuste coletivo.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARESTO INSERVÍVEL. NÃO PROVIMENTO.

Não se prestam para análise de divergência jurisprudencial arestos oriundos de Turmas desta colenda Corte Superior, nos termos do artigo 896, "a", da CLT. Inviável, assim, o processamento do recurso de revista.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

AGRAVO DE INSTRUMENTO DO SEGUNDO RECLAMADO.

1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC nº 16, ao declarar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, firmou posição de que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços não transfere à Administração Pública, de forma automática, a responsabilidade pelo pagamento do referido débito. Ressaltou, contudo, ser possível a imputação da mencionada responsabilidade, caso configurada a conduta culposa do ente público quanto ao dever de fiscalizar a execução do contrato, hipótese em que caracterizada a culpa *in vigilando*.

Assim, **caracterizada a culpa** do ente público, necessária a sua condenação subsidiária pelos créditos trabalhistas deferidos no processo, incidindo na espécie o entendimento perfilhado na Súmula nº 331, IV e V. **Agravo de instrumento a que se nega provimento.**

2. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 297. NÃO PROVIMENTO.

O egrégio Tribunal Regional, ao decidir, não abordou a questão sob o enfoque de invalidade do acordo de compensação de jornada. Tampouco a parte cuidou de opor os necessários embargos de declaração, a fim de suscitar a manifestação daquela Corte Regional sobre o tema.

Logo, a discussão de tal matéria nesta colenda Corte Superior carece do indispensável prequestionamento. Incidência da Súmula nº 297.



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

3. FGTS. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 297. NÃO PROVIMENTO.

Não há, no v. acórdão recorrido, qualquer menção sobre ônus da prova em relação ao FGTS. Tampouco a parte cuidou de opor os necessários embargos de declaração, a fim de suscitar a manifestação daquela Corte Regional sobre o tema.

Logo, a discussão de tal matéria nesta colenda Corte Superior carece do indispensável prequestionamento. Incidência da Súmula nº 297.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

4. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 297. NÃO PROVIMENTO.

Não há, no v. acórdão recorrido, qualquer menção sobre obrigação personalíssima ou impossibilidade de condenação subsidiária da multa prevista no artigo 477 da CLT. Tampouco a parte cuidou de opor os necessários embargos de declaração, a fim de suscitar a manifestação daquela Corte Regional sobre o tema.

Logo, a discussão de tal matéria nesta colenda Corte Superior carece do indispensável prequestionamento. Incidência da Súmula nº 297.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

5. JUROS DE MORA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 297. NÃO PROVIMENTO.

Não há, no v. acórdão recorrido, qualquer menção sobre juros de mora. Tampouco a parte cuidou de opor os necessários embargos de declaração, a fim de suscitar a manifestação daquela Corte Regional sobre o tema.



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

Logo, a discussão de tal matéria nesta colenda Corte Superior carece do indispensável prequestionamento. Incidência da Súmula nº 297.

Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008**, em que são Agravantes **SINDICATO DE VIGILANTES EMPREGADOS EM EMPRESAS DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DO ESTADO DA BAHIA - SINDVIGILANTES e ESTADO DA BAHIA** e Agravada **SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DA BAHIA LTDA. - SEVIBA**.

O reclamante, às fls. 1838/1844, e o segundo reclamado (ESTADO DA BAHIA), às fls. 1846/1887, interpõem agravos de instrumento contra a d. decisão de fls. 1830/1833, por meio da qual a Presidência do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, negou seguimento aos seus recursos de revista, por julgar ausente pressuposto de admissibilidade específico.

Alegam os agravantes, em síntese, que o seu apelo merece ser destrancado, porquanto devidamente comprovado o enquadramento da hipótese vertente no artigo 896, "a" e "c", da CLT.

O reclamante apresentou contraminuta ao agravo de instrumento e contrarrazões ao recurso de revista (fls. 1900/1916).

O d. Ministério Público do Trabalho deixou de emitir parecer, registrando subsistir em debate matéria com feição meramente individual, reveladora de interesse de ordem eminentemente financeira ou patrimonial (fls. 1924/1925).

É o relatório.

V O T O

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

1. CONHECIMENTO

Tempestivo e com regularidade de representação,
conheço do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

2.1. AVISO PRÉVIO.

Consta do v. acórdão regional:

“DO AVISO PRÉVIO

O aviso prévio foi indeferido com amparo na cláusula 33ª da convenção coletiva de trabalho 2007/2008, cláusula essa intitulada “Liberação do Aviso Prévio para Manutenção do Emprego”, a qual dispensava o pagamento do aviso quando o empregado tivesse assegurada a continuidade do seu trabalho na atividade, mesmo que em outra empresa do segmento, como no presente caso ocorreu, pois os empregados substituídos foram admitidos em outra empresa de segurança, no dia seguinte à rescisão de seus contratos de trabalho com a SEVIBA.

É sobre o que se insurge o autor alegando não ter sido comprovado, pela empregadora dos substituídos, o disposto no § 2º da citada cláusula.

De fato, para que houvesse dispensa do pagamento do aviso prévio, exigia-se, no citado § 2º, que a empresa possuísse a “Certidão de Regularidade Sindical” prevista na convenção, bem como a “celebração de um termo de acordo com a participação do SINDESP-BA, do Sindicato laboral e dos representantes das Empresas envolvidas, sob pena de torná-lo nulo de pleno direito”.

A Certidão de Regularidade Sindical, conforme estabelecido na cláusula 39ª [onde se faz expressa referência aos arts. 607 e 608 da CLT], tinha por finalidade comprovar que as empresas estavam em situação regular quanto às suas obrigações sindicais, a fim de permitir-lhes participar de processos licitatórios perante os órgãos da administração pública ou contratar com particulares, sendo tal certidão “expedida em conjunto pelos Sindicatos Patronal e Laboral” (§ 1º da cláusula 39ª), ressalvando-se, no



PROCESSO N° TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

entanto, que “a aplicação do quanto estabelecido nesta cláusula só será obrigatória após os Sindicatos convenientes estabelecerem a sua regulamentação”.

Dessa forma, a emissão da questionada certidão, além de constituir obrigação de ambas as partes convenientes (sindicatos profissional e patronal), dependia de regulamentação conjunta, regulamentação essa que não veio aos autos, nem a ela se refere o sindicato autor. Assim, não age com seriedade ao pretender da empregadora dos substituídos uma prova que mais de perto lhe diz respeito, por se tratar de recolhimentos a seu favor. Ninguém melhor que o autor para saber se as empresas estão em dia com suas obrigações sindicais.

Afora isso, se a SEVIBA participou de processo licitatório e venceu, tanto assim que firmou contratos de prestação de serviços com o Estado da Bahia e com o Banco do Brasil, é porque estava em situação regular quanto às obrigações sindicais, dentre outras normalmente exigidas pelos contratantes.

Com tais fundamentos, mantenho o indeferimento.” (fls. 1700/1701).

Inconformado, interpôs o reclamante recurso de revista, ao argumento de que a egrégia Corte Regional, ao assim decidir, teria violado os artigos 7º, XXI e XXVI, da Constituição Federal e 487, § 1º, da CLT.

Já na minuta em exame, o ora agravante, ao impugnar a d. decisão denegatória, não reitera as alegações anteriormente expendidas.

Aponta, apenas, violação do artigo 7º da Constituição Federal.

Sem razão.

Inicialmente, registre-se que não será analisada a indicada violação dos artigos 7º, XXI e XXVI, da Constituição Federal e 487, § 1º, da CLT, porquanto não foi renovada nas razões do presente agravo de instrumento, ocorrendo, assim, a preclusão.

De igual modo, não será analisada a indicada afronta ao artigo 7º da Constituição Federal, porquanto não foi apresentada nas



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

razões do recurso de revista, sendo inadmissível a adução de argumento inovatório na minuta do agravo de instrumento.

Ademais, a indicação genérica de violação direta e literal do artigo 7º da Constituição Federal, sem a individualização, pela parte, do parágrafo, inciso ou alínea tido como violado, não autoriza o processamento do recurso de revista consoante entendimento perfilhado na Súmula nº 221.

Ante o exposto, inviável revela-se o destrancamento do apelo.

Nego provimento ao agravo de instrumento do reclamante.

2.2. HORAS EXTRAORDINÁRIAS.

A egrégia Corte Regional, ao examinar o recurso ordinário interposto pelo reclamante, decidiu, neste particular, negar-lhe provimento. Ao fundamentar sua decisão, registrou:

“DAS HORAS EXTRAS E REPERCUSSÕES LEGAIS

As convenções coletivas de trabalho, ao tratarem da “Jornada de Trabalho”, estabelecem:

“Por decisão da Assembléia Geral do Sindicato Profissional, acatada pela Assembléia Geral do Sindicato Patronal, e na conformidade do artigo 7º, XIII da Constituição Federal, fica facultada a compensação de horário, trabalhando o empregado 12 (doze) horas em um dia e folgando 36 (trinta e seis) horas logo em seguida, na denominada jornada de trabalho 12x36 (doze por trinta e seis).

Desta forma as partes convenientes, considerando as características específicas que envolvem a prestação dos serviços de segurança e vigilância, apoiadas no princípio constitucional da livre negociação, resolvem em comum acordo estabelecer um conjunto de normas relativas a jornada de trabalho dos empregados abrangidos por este instrumento normativo, considerando os princípios legais vigentes que, considerados como um todo correspondem aos interesses dos empregados e empregadores”.

Em seguida, num dos parágrafos convencionou-se que “somente serão remuneradas como horas extras aquelas efetivamente trabalhadas que



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

excederem a 192 (cento e noventa e duas) horas mensais” (§ 3º); noutro parágrafo, convencionou-se que “as horas compreendidas entre a 1ª (primeira) e a 12ª (décima segunda), diárias, no regime estabelecido na escala acima não serão consideradas como horas extras, quer nas jornadas diurnas ou noturnas” § 4º).

Portanto, soa no mínimo inconsequente o sindicato autor, mediante assembleia geral, aquiescer com aquele regime de compensação de jornada, por considerar que correspondia aos interesses dos empregados que representa, e em seguida vir ao judiciário, sem a menor cerimônia, pleitear a nulidade do que livremente pactuou, para daí obter vantagem indevida.

Os empregados substituídos cumpriam a jornada de 12 x 36 horas e nas poucas vezes em que houve extrapolação da jornada receberam o correspondente pagamento, nada mais lhe sendo devido.” (fls. 1701/1702).

Opostos embargos de declaração pelo reclamante, a egrégia Corte Regional decidiu dar-lhes provimento para prestar esclarecimentos, sem efeitos modificativos. *In verbis*:

“DO REGIME DE 12X36

Insurge-se o ora embargante contra a ausência de descaracterização do regime de compensação de jornada, pois, segundo alega, os substituídos trabalhavam 13 horas por 36 de descanso, em razão da redução ficta do horário noturno e da não concessão do intervalo intrajornada, ao passo que os acordos e convenções coletivas instituíram regime de 12x36 horas. Pugna para que seja esclarecido porque não foi considerado descumprido o regime normativo de compensação, para efeito de pagamento de horas extras, com aplicação, inclusive, da Súmula 85/TST.

Possui razão, pelo que passo a sanar a presente omissão.

Inexiste a alegada descaracterização do regime de 12x36 horas em face da não concessão do intervalo intrajornada e da redução ficta do horário noturno. Isso porque a não concessão do intervalo intrajornada não implicou em prorrogação do regime de 12x36. Lembre-se que as normas coletivas, no particular, prevêm que nesse regime o intervalo já se encontra quitado e o



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

fato de a Turma declarar a sua invalidade e determinar o seu pagamento não implica em acréscimo de horas de trabalho.

Quanto à redução da jornada noturna, a Turma já se manifestou sobre a matéria no sentido de que a ficção legal não autoriza o reconhecimento do acréscimo de uma hora no regime de 12x36, inclusive ante a previsão contida na cláusula oitava das normas coletivas da categoria (fls. 251). Eis o trecho do Acórdão proferido nos autos do Recurso Ordinário nº 0038300-44.2009.5.05.0004RecOrd, da Lavra do Exmo. Sr. Desembargador Luiz Tadeu Leite Vieira:

De referência à redução da jornada noturna, a ficção legal não autoriza a admissão da jornada de 13 horas, mas somente de 12 horas nesse tipo de regime de trabalho. Ademais, a cláusula oitava das normas coletivas estabelece que as empresas pagarão aos empregados, a título de hora noturna reduzida, a importância equivalente a 01 (uma) hora normal, conforme Tabela de Remuneração, por cada noite de efetivo trabalho, como compensação pela redução do horário noturno previsto no parágrafo 1º do art. 73 da CLT. Não há que se falar, portanto, em pagamento das horas extras razão da hora ficta noturna e da não concessão do intervalo nos regimes de 12X36.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL aos embargos de declaração para prestar esclarecimentos sem, contudo, alterar a conclusão do julgado.” (fls. 1731/1732).

Inconformado, interpôs o reclamante recurso de revista, ao argumento de que havia prorrogação habitual da jornada, em razão da redução ficta da hora noturna e do intervalo intrajornada suprimido, o que descaracterizaria o regime de compensação de jornada.

Sustentou, assim, serem devidas, como extraordinárias, as horas laboradas além da oitava diária.

Indicou afronta aos artigos 7º, XXII, da Constituição Federal e 59 da CLT, contrariedade à Súmula nº 85 e divergência jurisprudencial.

Já na minuta em exame, o ora agravante, ao impugnar a d. decisão denegatória, reitera as alegações anteriormente expendidas, apenas quanto a violação do artigo 7º, XXII, da Constituição Federal e a contrariedade à Súmula nº 85.



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

Sem razão.

Inicialmente, destaco que não serão apreciados os arestos de fls. 1758/1759, nem a alegada violação do artigo 59 da CLT, visto que não reiterados nas razões do agravo de instrumento, ocorrendo, assim, a preclusão.

No mais, a não concessão do intervalo intrajornada e da hora noturna reduzida impõe seja sanada essa ilegalidade, mas não tem por si só a capacidade de atingir a validade do acordo de compensação em questão, que se mantém hígido por ter sido observada devidamente a carga de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso e estar devidamente prevista em norma coletiva.

No caso, o egrégio Tribunal Regional consignou, expressamente, que a norma coletiva estabelecia o pagamento de uma hora normal, por cada noite de trabalho, como compensação pela redução do horário noturno, sendo que, relativamente ao intervalo intrajornada suprimido, o egrégio Tribunal Regional manteve a sentença que deferiu o seu pagamento e, atribuindo natureza salarial a parcela, deferiu sua integração ao salário e os reflexos pleiteados.

Nesse prisma, não se há falar em descaracterização do regime de compensação de jornada.

Ante o exposto, inviável revela-se o destrancamento do apelo.

Nego provimento ao agravo de instrumento do reclamante.

2.3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

Consta do v. acórdão regional:

“DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Procede o inconformismo do recorrente quanto ao deferimento dos honorários advocatícios ao sindicato autor.

De acordo com a Orientação Jurisprudencial nº 305 da SDI-I/TST, o deferimento de honorários, na Justiça do Trabalho, sujeita-se à constatação



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato.

No presente caso, o juízo indeferiu a gratuidade judiciária postulada na inicial, primeiro, por estar o sindicato atuando na qualidade de substituto processual; segundo, por não ter alegado nem comprovado incapacidade financeira, inclusive ressaltando que "a suposta situação de pobreza dos substituídos não podem (sic) 'se estender' ao sindicato-autor". No entanto, contraditoriamente, deferiu honorários advocatícios sob o fundamento de que "da análise do instrumento de mandato conferido pelo obreiro com vistas à sua representação processual, constata-se que o mesmo atendeu ao quanto estabelecido na Lei 5.584/70 e Súmula 219 do TST, razão pela qual faz jus o Sindicato autor ao deferimento dos honorários advocatícios, arbitrados em 15%".

O sindicato autor, como visto, figura como substituto processual, por isso atuando em nome próprio, embora na defesa de direito alheio, e não prestando assistência jurídica aos trabalhadores substituídos, nos moldes preconizados no art. 14 da Lei nº 5.584/70.

Portanto, não preenchidos os requisitos legais, é incabível o pagamento de honorários advocatícios." (fls. 1706/1707).

Inconformado, interpôs o reclamante recurso de revista, ao argumento de que a egrégia Corte Regional, ao assim decidir, teria violado os artigos 5º, XXV e LXXIV, e 8º, III, da Constituição Federal, 14 e 18 da Lei nº 5.584/70 e 3º da Lei nº 8.073/90, contrariado às Súmulas 219 e 329 e suscitado divergência jurisprudencial.

Já na minuta em exame, o ora agravante, ao impugnar a d. decisão denegatória, não reitera as alegações anteriormente expendidas.

Transcreve, ainda, novo aresto para o confronto jurisprudencial.

Sem razão.

Inicialmente, destaco que não serão apreciados os arestos transcritos na revista, nem a alegada violação dos artigos 5º, XXV e LXXIV, e 8º, III, da Constituição Federal, 14 e 18 da Lei nº 5.584/70 e 3º da Lei nº 8.073/90 e contrariedade às Súmulas 219 e 329, visto que



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

não reiterados nas razões do agravo de instrumento, ocorrendo, assim, a preclusão.

Registre-se que, de igual modo, não será examinado o aresto transcrito no agravo de instrumento, pois não trazido nas razões do recurso de revista, sendo inadmissível a adução de argumento inovatório nesta fase processual.

Ademais, constata-se que o único aresto colacionado é inservível ao cotejo de teses, porquanto o julgado é oriundo de Turma deste colendo Tribunal Superior, em clara inobservância ao artigo 896, "a", da CLT.

Ante o exposto, inviável revela-se o destrancamento do apelo.

Nego provimento ao agravo de instrumento do reclamante.

B) AGRAVO DE INSTRUMENTO DO SEGUNDO RECLAMADO – ESTADO

DA BAHIA

1. CONHECIMENTO

Tempestivo, com regularidade de representação (Súmula nº 436) e sendo dispensado o preparo (artigo 790-A da CLT), **conheço** do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

2.1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. CONFIGURAÇÃO.

Consta do v. acórdão regional:

“DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Busca o recorrente o afastamento de sua condenação subsidiária, ao argumento de que a mesma importa em ofensa ao art. 71 da Lei nº 8.666/93 e ao art. 37 da Constituição Federal, acrescentando que a Súmula nº 331 não



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

encontra respaldo em lei. não há amparo legal para a condenação, a qual viola o art. 5º, II, da Constituição Federal.

Sem razão.

A responsabilidade subsidiária é fruto de jurisprudência sedimentada com base nos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, não se admitindo que aquele que se beneficiou da mão de obra fique isento de qualquer responsabilidade.

Apesar da licitude da terceirização de serviços, não se exime a tomadora de responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas acaso não adimplidas pela prestadora, desde que tenha se beneficiado diretamente dos serviços prestados pelo obreiro, conforme item IV da Súmula nº 331 do TST.

No presente caso, comprovado está que o Estado da Bahia se beneficiou dos serviços prestados por dois dos substituídos, que eram empregados da SEVIBA, empresa esta contratada para prestação de serviços de vigilância junto à Secretaria de Educação e Cultura, bem como há obrigações trabalhistas não adimplidas pela prestadora de serviços, afetando-o na qualidade de tomador e beneficiário dos serviços e obrigado a fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada.

O que o art. 71 da Lei nº 8.666/93 veda é a responsabilização direta ou solidária do contratante, sob pena de infração ao art. 37, II, da Constituição Federal.

Fica mantida a condenação." (fls. 1704/1705).

Inconformado, interpôs o segundo reclamado (ESTADO DA BAHIA) recurso de revista, ao argumento de que a egrégia Corte Regional, ao assim decidir, teria violado os artigos 5º, II e XXI, 97, 167 e 169 da Constituição Federal e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, contrariado à Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal e suscitado divergência jurisprudencial.

Na minuta em exame, o ora agravante, ao impugnar a d. decisão denegatória, reitera as alegações anteriormente expendidas.

Sem razão.



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

Discute-se a responsabilidade subsidiária de ente público pelo adimplemento de obrigações trabalhistas devidas pela prestadora de serviços e deferidas no presente processo.

A questão não enseja maiores debates, em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 16. Naquela oportunidade, ao declarar a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, a excelsa Corte firmou posição de que o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços não transfere à Administração Pública, de forma automática, a responsabilidade pelo pagamento do referido débito. Ressaltou, contudo, ser possível a imputação da mencionada responsabilidade, caso configurada a conduta culposa do ente público quanto ao dever de fiscalizar a execução do contrato, hipótese em que caracterizada a culpa in vigilando.

Ressalte-se que, em vista da decisão proferida pelo STF no julgamento da ADC nº 16, este colendo Tribunal Superior alterou a redação da Súmula nº 331, passando a adotar entendimento consonante com o daquela excelsa Corte.

A novel redação da Súmula nº 331, dispõe, *in verbis*:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE.**

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregador. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Definida a possibilidade de imputação da responsabilidade subsidiária ao ente público, restaria saber a forma como se daria a configuração da culpa *in vigilando*.

Pois bem.

É certo que a demonstração de que não houve a devida fiscalização pela Administração Pública quanto à contratação e à execução dos contratos de prestação de serviço é fato constitutivo do direito do reclamante.

Assim, em decorrência da aplicação da regra da distribuição do ônus da prova, cabe ao reclamante comprovar a ausência de diligência do ente público na realização do procedimento licitatório e da contratação da empresa terceirizada - culpa *in eligendo*. Isso porque, além de se tratar de fato constitutivo de seu direito, está-se diante de ato administrativo, que dispõe de presunção de legitimidade. Tal presunção é suficiente para, nesses atos, impor ao reclamante o ônus de provar que o ato administrativo - a contratação da empresa - teria sido efetuado de forma ilegal, imoral ou ilegítima, assim entendida, por exemplo, a contratação de empresa em desconformidade com as regras previstas no edital ou em situação econômica frágil.

No que diz respeito à culpa *in vigilando*, tem-se como necessária a aplicação da inversão do ônus da prova em favor do



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

reclamante. Nesse caso, não há nenhum ato administrativo a ser presumido legítimo. Na verdade, a discussão é exatamente sobre a existência de fiscalização do ente público e não sobre a suficiência, legitimidade ou validade dessa fiscalização. Nesse caso, apenas a Administração Pública tem condições de provar a ausência de fato constitutivo do direito do reclamante, ou seja, somente ela dispõe de meios para demonstrar que fiscalizou efetivamente a empresa contratada.

Não se pode olvidar que o empregado é parte hipossuficiente da relação jurídica de trabalho e, assim, desprovida de condições de realizar determinadas provas, a exemplo da demonstração de eventual ausência de fiscalização por parte do ente público nos contratos de prestação de serviços, fato negativo praticamente impossível de comprovação pelo trabalhador.

Ademais, o ordenamento jurídico pátrio admite, em determinadas circunstâncias, que seja aplicada em favor do hipossuficiente da relação jurídica a inversão do ônus da prova.

Nessa trilha, o artigo 6º, VIII, do CDC (Lei nº 8.078/90) dispõe, *in verbis*:

“São direitos básicos do consumidor:

(...) VIII – a facilitação da **defesa de seus direitos**, inclusive com a **inversão do ônus da prova**, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (sem grifos no original).

A supracitada norma, embora discipline relações de natureza civil, demonstra a intenção do legislador de estabelecer proteção ao hipossuficiente na defesa do seu direito.

Firmadas as proposições até aqui delineadas, conclui-se que há responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando caracterizada a sua omissão culposa em função de descumprimento de normas de observância obrigatória, sendo seu o ônus de demonstrar o cumprimento da lei.



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

Oportuno realçar que no julgamento da ADC nº 16 o STF não examinou, tampouco definiu de quem seria o ônus da prova quanto à demonstração da conduta culposa da Administração.

A propósito, aquela excelsa Corte vem decidindo que inexistente desrespeito à autoridade da decisão prolatada na referida ação, quando a responsabilização subsidiária da Administração Pública decorre da inversão do ônus da prova.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

“RECLAMAÇÃO 13.254 MC / MG - MINAS GERAIS
MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 07/08/2012

(...)

Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada pela União em face de alegada inobservância da autoridade da decisão desta Suprema Corte proferida ao julgamento da ação declaratória de constitucionalidade nº 16/DF, de eficácia erga omnes.

(...)

A Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho negou provimento ao agravo de instrumento interposto pela União contra a decisão denegatória do seguimento do recurso de revista que interpôs. Eis a ementa do acórdão impugnado:

‘AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO.

Nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública não responde pelo débito trabalhista apenas em caso de mero inadimplemento da empresa prestadora de serviço, o que não exclui sua responsabilidade em se observando a presença de culpa, mormente em face do descumprimento de outras normas jurídicas. Tal entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC nº 16 em 24.11.2010.

*Na hipótese dos autos, presume-se a culpa in vigilando do ente público, por descumprimento das normas de fiscalização do contrato de prestação de serviços celebrado previstas na Lei nº 8.666/93, ante a ausência de comprovação de sua efetiva realização, **aplicando-se**, ao caso, a **inversão do ônus da prova**,*



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

em face da hipossuficiência do empregado no tocante à capacidade de produzir tal prova.

Presente a culpa do ente público, correta a condenação em sua responsabilidade subsidiária, nos termos da Súmula nº 331, IV e V.

Agravo de instrumento a que se nega provimento. (destaquei)

Com efeito, **no julgamento da ADC 16**, ao concluir pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, esta Corte abraçou a tese da inviabilidade da aplicação da responsabilidade objetiva à Administração Pública pelas verbas trabalhistas decorrentes de contrato de prestação de serviços firmado na forma da Lei 8.666/93. Contudo, também resultou destacado que aludido dispositivo **não impede o reconhecimento da responsabilidade do ente público, consideradas as peculiaridades fáticas do caso concreto**, com espeque em outras normas, regras e princípios do ordenamento jurídico – diretriz reiterada, em vários momentos, pelo Ministro Relator, Cezar Peluso, no debate ocorrido na ADC 16:

(...)

Na mesma oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes, sustentou a necessidade de uma fiscalização mais eficaz, considerada a situação do empregado que prestou serviços e não recebeu a contraprestação devida:

(...)

A Ministra Cármen Lúcia complementou:

(...)

O Ministro Ricardo Lewandowski, também no debate da ADC 16, lembrou as inúmeras ações de improbidade nascidas de contratações desastrosas:

(...)

Destaco precedentes desta Corte, exarados em sede de reclamação, nos quais resultou afastada a alegação de afronta à ADC 16, porquanto não caracterizada a automática responsabilização subsidiária da Administração Pública:

(...)

Na espécie, **não visualizo**, em um primeiro olhar, **a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública, na decisão reclamada, de forma automática**, como mera consequência do inadimplemento por parte da prestadora de serviços – hipótese, essa sim,



PROCESSO N° TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

atacada no exame da ADC 16. **A Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho embasou-se em aspectos fáticos do caso concreto, indicativos de culpa in vigilando da União,** ao registro de que não comprovado pelo ente público o cumprimento das normas de fiscalização do contrato de prestação de serviços celebrado, de observância obrigatória.

Assim, **não detecto,** em juízo de cognição sumária, **afronta à ADC 16.**

Ante o exposto, ausente o fumus boni juris, que, somado ao periculum in mora, autorizaria a concessão da liminar, indefiro o pedido.” (sem grifos no original).

“RECLAMAÇÃO 14.168 - ALAGOAS

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 22/04/2013

(...)

Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Estado de Alagoas, contra acórdão prolatado, em 20/6/2012, pela 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho nos autos do Processo TST-RR-55400-22.2009.5.19.0004, assim ementado:

‘RECURSO DE REVISTA. 1. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO.

Nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública não responde pelo débito trabalhista apenas em caso de mero inadimplemento da empresa prestadora de serviço, o que não exclui sua responsabilidade em se observando a presença de culpa, mormente em face do descumprimento de outras normas jurídicas. Tal entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC nº 16 em 24.11.2010.

*Na hipótese dos autos, presume-se a culpa in vigilando do ente público, por descumprimento das normas de fiscalização do contrato de prestação de serviços celebrado previstas na Lei nº 8.666/93, ante a ausência de comprovação de sua efetiva realização, **aplicando-se,** ao caso, a **inversão do ônus da prova,** em face da hipossuficiência do empregado no tocante à capacidade de produzir tal prova.*

Presente a culpa do ente público, correta a condenação em sua responsabilidade subsidiária, nos termos da Súmula nº 331, IV e V. Recurso de revista de que não se conhece.



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

(...)” (destaque no original).

(...)

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no **julgamento da ADC 16/DF**, Rel. Min. Cezar Peluso, declarou a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/1993, entendendo, por conseguinte, que a mera inadimplência do contratado não tem o condão de transferir automaticamente à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

No entanto, **reconheceu-se**, naquela assentada, que eventual **omissão** da Administração Pública no dever de **fiscalizar** as obrigações do contratado poderia **gerar essa responsabilidade**, acaso **caracterizada** a **culpa in vigilando** do ente público.

No caso dos autos, **não vislumbro**, ainda que de forma perfunctória, própria deste momento processual, **ofensa ao que decidido por ocasião do referido julgamento**.

Isso porque a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ora reclamante, ao que tudo indica, não se baseou, exclusivamente, na mera inadimplência da empresa contratada, mas por ter o juízo reclamado concluído, com base nos elementos constantes dos autos, que **restou configurada a culpa in vigilando do ente público**.

Transcrevo, nessa linha, o seguinte trecho da decisão ora em exame:

‘Firmadas as proposições acima delineadas, conclui-se que há responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando verificada sua omissão culposa em função de descumprimento de normas de observância obrigatória, sendo seu o ônus da prova de demonstrar o cumprimento da Lei.

Na hipótese dos autos, conforme se depreende da leitura do v. acórdão regional e da r. sentença não há informações quanto à comprovação de culpa in eligendo pelo reclamante. Presume-se, assim, que o procedimento licitatório e o ato de contratação se deram em conformidade com a lei, tendo em vista o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Não há, ainda, notícia de que o ente público reclamado teria demonstrado o cumprimento das normas da Lei nº 8.666/1993 no que diz respeito à fiscalização da execução do contrato de prestação de serviço, de modo a afastar sua culpa in vigilando. Em assim sendo, presume-se existente sua culpa in



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

vigilando, em face da aplicação da inversão do ônus da prova, conforme já explanado.

Não há, assim, falar em violação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, visto versar sobre hipótese de mero inadimplemento das verbas trabalhistas pelo prestador de serviços, o que não ocorreu no presente caso, em que se reconhece a culpa in vigilando, repita-se, em face da ausência de provas do ESTADO [DE ALAGOAS] em afastar tal culpa” (grifos meus).

O Plenário desta Corte, ao apreciar, recentemente, ação reclamatória de idêntico teor, assim se pronunciou a respeito das questões ora analisadas: *‘RECLAMAÇÃO – ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADC 16/DF – INOCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS (LEI Nº 8.666/93, ART. 71, § 1º) – ATO JUDICIAL RECLAMADO PLENAMENTE JUSTIFICADO, NO CASO, PELO RECONHECIMENTO DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE CULPA ‘IN VIGILANDO’, ‘IN ELIGENDO’ OU ‘IN OMITTENDO’ – DEVER LEGAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS EMPRESAS CONTRATADAS, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AOS EMPREGADOS VINCULADOS AO CONTRATO CELEBRADO (LEI Nº 8.666/93, ART. 67) – ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) – SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE JUÍZO OSTENSIVO OU DISFARÇADO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO’ (Rcl 11.327-AgR/AM, Rel. Min. Celso de Mello – grifos meus).*

Cito, nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes, entre outros: Rcl 11.846/MG, de minha relatoria; Rcl 12.388/ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa; Rcl 13.216-AgR/SP, Rcl 13.276-AgR/PR e Rcl 13.901-AgR/SP, todos de relatoria do Min. Celso de Mello.

Isso posto, nos termos do art. 161, parágrafo único, do RISTF, julgo improcedente esta reclamação, ficando prejudicado, por via de consequência, o exame do agravo regimental interposto contra o indeferimento do pedido de liminar” (sem grifos no original).



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

“RECLAMAÇÃO 15.163 - SÃO PAULO

RELATORA :MIN. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 27/03/2013

(...)

1. Reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Universidade de São Paulo – USP, em 18.1.2013, contra decisão proferida pelo Juízo da 87ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP, que, ao afastar a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, teria descumprido a Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal e desrespeitado o que decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

Em 12.12.2012, o Juízo da 87ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP condenou, subsidiariamente, a Universidade de São Paulo – USP ao pagamento de débitos trabalhistas imputados a Centurion Segurança e Vigilância Ltda.

É contra essa decisão que se ajuíza a presente reclamação.

(...)

6. O que se põe em foco na reclamação é se, ao aplicar o entendimento da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho para declarar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo cumprimento de obrigações trabalhistas, o Juízo da 87ª Vara do Trabalho de São Paulo teria descumprido a Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal e desrespeitado o que decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

7. Na sessão plenária de 24.11.2010, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 e reconheceu a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993:

(...)

8. No caso em pauta, o Juízo da 87ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP condenou a Reclamante, subsidiariamente, pelos débitos trabalhistas imputados à Centurion Segurança e Vigilância Ltda., nos termos seguintes:

(...)“O surgimento da súmula 331 do C.TST consagrou esse entendimento. Entretanto e abstraída a inexistência nela da condição de súmula vinculante, tenho que por ser expressão da mais alta corte na esfera juslaboral, esse enunciado (331), não pode conter contradições, e isso só é possível com o auxílio das regras do processo quanto ao ônus da prova, para incumbir a



PROCESSO N° TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

tomadora a comprovação da inexistência de "culpa", em relação ao "simples" inadimplemento das verbas trabalhistas devidas ao trabalhador.

Assim, forte no princípio da aptidão para a prova, e diante da inexistência de documentos apresentados pela segunda reclamada, dando por exemplo, conta da relação de funcionários em labor na empresa prestadora, ou qualquer outro documento que comprove sua exigência em relação à aquela quanto ao cumprimento dos encargos trabalhistas inadimplidos, tenho que sua responsabilidade restou caracterizada; ademais não há negativa da condição de tomadora, nem prova do adimplemento de qualquer verba devida ao reclamante.

Quando uma empresa ou alguém faz um contrato de prestação de serviços, deve ser diligente para escolher com critério prestadores que tenham capacidade técnica, econômica e financeira para arcar com os riscos do empreendimento, sob pena de ficar caracterizada a sua responsabilidade. Assim, e a fim de garantir integralmente a satisfação dos valores devidos pela primeira reclamada (...) tenho que é procedente a pretensão inicial de reconhecimento da responsabilidade subsidiária delas. (...) Reconheço a responsabilidade subsidiária da segunda ré desde a contratação até 01/05/2011” (doc. 6, grifos nossos).

Assim, a atribuição de responsabilidade subsidiária pelo pagamento de obrigações trabalhistas decorrentes do contrato administrativo firmado pela Reclamante não decorreu da negativa de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 nem de contrariedade à decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 ou de descumprimento da Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal, mas da ausência de comprovação de que teria fiscalizado a execução do contrato administrativo, em especial no que se refere ao pagamento dos encargos trabalhistas aos prestadores, pelo que teria incorrido em culpa in vigilando e in eligendo.

Confira-se excerto do parecer do Procurador-Geral da República:

(...)

O parecer do Procurador-Geral da República acolhe a jurisprudência deste Supremo Tribunal sobre a matéria.

No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, este Supremo Tribunal reconheceu a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 e decidiu que o inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes do contrato firmado pela Administração Pública não poderia



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

ensejar, automática e diretamente, a responsabilização do ente público tomador dos serviços pelo pagamento dos créditos trabalhistas.

Assentou-se que o exame das circunstâncias do caso concreto pela Justiça do Trabalho poderia resultar na responsabilização subsidiária da Administração Pública, tomadora dos serviços, se constatada a omissão ou negligência de seus agentes na fiscalização do contrato administrativo (culpa in vigilando, in eligendo ou in omittendo), sem isso importar na declaração de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. **Não se examinou**, naquela assentada, **a quem competiria o ônus da prova em relação à conduta omissiva ou comissiva atribuída, eventualmente, ao agente público.**

9. Em 21.2.2013, o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou provimento ao Agravo Regimental na Reclamação n. 11.985, interposto pelo Estado de Minas Gerais contra decisão do Ministro Celso de Mello, que afirmara que, *‘não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha confirmado a plena validade constitucional do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 – por entender juridicamente incompatível com a Constituição a transferência automática, em detrimento da Administração Pública, dos encargos trabalhistas, fiscais, comerciais e previdenciários resultantes da execução do contrato, na hipótese de inadimplência da empresa contratada –, enfatizou que essa declaração de constitucionalidade não impediria, em cada situação ocorrente, o reconhecimento de eventual culpa ‘in omittendo’ ou ‘in vigilando’ do Poder Público’* (Rcl 11.985-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe 15.3.2013).

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello destacou:

(...)

No caso em exame, a **responsabilidade subsidiária** da Reclamante pelo pagamento dos encargos trabalhistas foi-lhe atribuída pelo **reconhecimento de sua conduta culposa** (culpa in vigilando e in eligendo) na **fiscalização da execução do contrato** mantido com a empresa prestadora de serviço, a partir do exame e conclusão das provas.

10. Também não se vislumbra contrariedade à Súmula Vinculante n. 10 deste Supremo Tribunal por inobservância do princípio da reserva de plenário, pois não houve juízo de inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Na espécie vertente, a Justiça do Trabalho restringiu-se a



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

fazer a leitura desse dispositivo legal e concluiu que a falha na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais pela Administração Pública importaria em sua responsabilidade subsidiária pelo pagamento dos créditos trabalhistas.

Este Supremo Tribunal assentou que *‘o princípio da reserva de plenário resta indene nas hipóteses em que não há declaração de inconstitucionalidade por órgão fracionário do Tribunal de origem, mas apenas a interpretação e a conclusão de que a lei invocada não é aplicável ao caso em apreço’*. Precedentes: AI 684.976-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 02/06/2010; e RE 612.800-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe de 05/12/2011” (ARE 676.006-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 6.6.2012).

11. Ademais, em reclamação não é possível o revolvimento da matéria fático-probatória relacionada à execução e à fiscalização do contrato administrativo celebrado pela Administração Pública, a fim de apurar culpa (culpa in vigilando, in eligendo e in omittendo), sob pena de transformar esta ação constitucional em sucedâneo de recurso, o que não é admitido por este Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

‘RECLAMAÇÃO – ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADC 16/DF – INOCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS (LEI N. 8.666/93, ART. 71, § 1º) – ATO JUDICIAL RECLAMADO PLENAMENTE JUSTIFICADO, NO CASO, PELO RECONHECIMENTO DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE CULPA ‘IN VIGILANDO’, ‘IN ELIGENDO’ OU ‘IN OMITTENDO’ – DEVER LEGAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS EMPRESAS CONTRATADAS, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AOS EMPREGADOS VINCULADOS AO CONTRATO CELEBRADO (LEI N. 8.666/93, ART. 67) – ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) – SÚMULA VINCULANTE N. 10/STF – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE JUÍZO OSTENSIVO OU DISFARÇADO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – PRECEDENTES –



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO' (Rcl 12.684-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe 13.3.2013).

E ainda: Rcl 7.971-AgR/PA, de minha relatoria, Plenário, DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL 11.12.2009; Rcl 5.207-AgR/PI, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJ 29.10.2009; Rcl 6.109-ED/TO, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL 13.3.2009; Rcl 4.37-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL 20.2.2009; Rcl 4.003-AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL 6.3.2009; Rcl 3.954-AgR/CE, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJ 7.11.2008; Rcl 5.684-AgR/PE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL 15.8.2008.

11. Pelo exposto, **julgo improcedente a presente reclamação** (art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)" (sem grifos no original).

“AG.REG. NA MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO
16.059 - RIO DE JANEIRO

RELATOR :MIN. CELSO DE MELLO

Julgamento: 19/09/2013

(...)

DECISÃO: Trata-se de reclamação na qual se alega que o ato judicial ora impugnado teria transgredido a autoridade do julgamento que esta Suprema Corte proferiu, com efeito vinculante, no exame da ADC 16/DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO.

Sustenta-se, na presente sede processual, que o órgão ora reclamado, no julgamento objeto da presente impugnação, teria decidido com base na Súmula nº 331, IV, do TST (em sua antiga redação), afastando, em consequência, a incidência do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Ao apreciar a postulação cautelar formulada na presente causa, indeferi o pedido de medida liminar, motivo pelo qual a parte ora reclamante interpôs recurso de agravo.

(...)

Como se sabe, esta Suprema Corte, ao apreciar a ADC 16/DF, Rel. Min. CEZAR PELUSO, julgou-a procedente, para declarar a



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, em decisão que se acha assim ementada:

(...)

Cabe ressaltar, no ponto, que, em referido julgamento, não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha confirmado a plena validade constitucional do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 – por entender juridicamente incompatível com a Constituição a transferência automática, em detrimento da Administração Pública, dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, na hipótese de inadimplência da empresa contratada –, enfatizou que essa declaração de constitucionalidade não impediria, em cada situação ocorrente, o reconhecimento de eventual culpa ‘in omittendo’ ou ‘in vigilando’ do Poder Público.

Essa visão em torno do tema tem sido observada por eminentes Ministros desta Suprema Corte (Rcl 8.475/PE, Rel. Min. AYRES BRITTO – Rcl 11.917/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.089/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.310/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.388/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 12.434/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 12.595/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 13.933/AM, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 14.623/ES, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, v.g.), em julgamentos nos quais se tem reconhecido possível a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público na hipótese de restar demonstrada a ocorrência de comportamento culposos da Administração Pública.

Vale referir, ainda, ante a pertinência de seu conteúdo, trecho da decisão que o eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA proferiu no âmbito da Rcl 12.925/SP, de que foi Relator:

(...)

É importante assinalar, por oportuno, que o dever legal das entidades públicas contratantes de fiscalizar a idoneidade das empresas que lhes prestam serviços abrange não apenas o controle prévio à contratação – consistente em exigir, das empresas licitantes, a apresentação dos documentos aptos a demonstrar a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal (Lei nº



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

8.666/93, art. 27) –, mas compreende, também, o controle concomitante à execução contratual, viabilizador, dentre outras medidas, da vigilância efetiva e da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei nº 8.666/93, art. 67).

(...)

Cumprir ter presente, por relevante, que essa diretriz tem sido observada pela jurisprudência dos Tribunais, notadamente por aquela emanada do E. Tribunal Superior do Trabalho (AIRR 132100-60.2008.5.04.0402, Rel. Min. ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA – AIRR 14726-94.2010.5.04.0000, Rel. Min. MARIA DE ASSIS CALSING – AIRR 2042-50.2010.5.18.0000, Rel. Min. ROSA WEBER – AIRR 546040-57.2006.5.07.0032, Rel. Min. GUILHERME AUGUSTO CAPUTO BASTOS – RR 193600-61.2009.5.09.0594, Rel. Min. MAURICIO GODINHO DELGADO, v.g.):

(...)

O exame da decisão ora reclamada, tendo em vista a situação concreta nela apreciada, revela que se reconheceu, na espécie, a responsabilidade subsidiária da parte ora reclamante, em decorrência de situação configuradora de culpa ‘in vigilando’:

‘Na hipótese dos autos, conforme se depreende da leitura do v. acórdão regional e da r. sentença não há informações quanto à comprovação de culpa ‘in eligendo’ pelo reclamante. Presume-se, assim, que o procedimento licitatório e o ato de contratação se deram em conformidade com a lei, tendo em vista o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Não há, ainda, notícia de que o ente público reclamado teria demonstrado o cumprimento das normas da Lei nº 8.666/1993 no que diz respeito à fiscalização da execução do contrato de prestação de serviço, de modo a afastar sua culpa ‘in vigilando’ (...).

.....
Daí porque não há falar em violação do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, ainda que despiendo seu exame nos termos do artigo 896, § 6º, da CLT, visto versar sobre hipótese de mero inadimplemento das verbas trabalhistas pelo prestador de serviços, o que não ocorreu no presente caso, em que se



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

reconhece a culpa 'in vigilando', repita-se, em face da ausência de provas da UNIÃO em afastar tal culpa.” (grifei)

Não vislumbro, desse modo, a ocorrência do alegado desrespeito à autoridade da decisão que esta Corte proferiu, com eficácia vinculante, no julgamento da ADC 16/DF.

Cabe ressaltar, finalmente, que o Plenário desta Suprema Corte, em recentes julgamentos (Rcl 14.917-AgR-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 14.947-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), ao examinar recursos de agravo que versavam matéria idêntica à ora debatida nesta sede processual, negou-lhes provimento, mantendo, em consequência, decisões impregnadas do mesmo conteúdo veiculado na presente decisão:

‘RECLAMAÇÃO – ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADC 16/DF – INOCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS (LEI Nº 8.666/93, ART. 71, § 1º) – ATO JUDICIAL RECLAMADO PLENAMENTE JUSTIFICADO, NO CASO, PELO RECONHECIMENTO DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE CULPA ‘IN VIGILANDO’, ‘IN ELIGENDO’ OU ‘IN OMITTENDO’ – DEVER LEGAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS EMPRESAS CONTRATADAS, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AOS EMPREGADOS VINCULADOS AO CONTRATO CELEBRADO (LEI Nº 8.666/93, ART. 67) – ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) – SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE JUÍZO OSTENSIVO OU DISFARÇADO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.’ (Rcl 14.058-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, julgo improcedente a presente reclamação, restando prejudicada, em consequência, a apreciação do recurso de agravo interposto pela União Federal.

Arquivem-se os presentes autos” (sem grifos no original) .



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

Na hipótese dos autos, depreende-se da leitura das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias que não há informações quanto à comprovação de culpa *in eligendo* pela reclamante. Presume-se, assim, que o procedimento licitatório e o ato de contratação se deram em conformidade com a lei, tendo em vista o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Não há, ainda, notícia de que o segundo reclamado (ESTADO DA BAHIA) teria demonstrado o cumprimento das normas da Lei nº 8.666/1993 no que diz respeito à fiscalização da execução do contrato de prestação de serviço, de modo a afastar sua culpa *in vigilando*. Em assim sendo, **presume-se existente sua culpa *in vigilando*, em face da aplicação da inversão do ônus da prova**, conforme já explanado.

Nesse prisma, caracterizada a culpa, aplica-se a Súmula nº 331, V, pelo que despiciendo o exame dos arestos colacionados para o cotejo de teses, bem como dos dispositivos apontados como violados, nos termos do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333.

Ante o exposto, inviável revela-se o destrancamento do apelo.

Nego provimento ao agravo de instrumento do reclamado.

2.2. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA.

Consta do v. acórdão regional:

“Horas extras, intervalo intrajornada e adicional noturno. A condenação nessas verbas se fez em razão da prova de seu inadimplemento, de forma que nenhum reparo merece a sentença, cujos fundamentos ratifico quanto a esses pontos, inclusive porque respaldada em jurisprudência trabalhista.” (fl. 1706).

Inconformado, interpôs o segundo reclamado (ESTADO DA BAHIA) recurso de revista, ao argumento de que a egrégia Corte Regional, ao assim decidir, teria violado os artigos 7º, XIII, XIV e XXVI, e 8º,



PROCESSO Nº TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

VI, da Constituição Federal, 611 da CLT e suscitado divergência jurisprudencial.

Na minuta em exame, o ora agravante, ao impugnar a d. decisão denegatória, reitera as alegações anteriormente expendidas.

Sem razão.

O egrégio Tribunal Regional, ao decidir, não abordou a questão sob o enfoque de invalidade do acordo de compensação de jornada. Tampouco a parte cuidou de opor os necessários embargos de declaração, a fim de suscitar a manifestação daquela Corte Regional sobre o tema.

Logo, a discussão de tal matéria nesta colenda Corte Superior carece do indispensável prequestionamento. Incidência da Súmula nº 297.

Ante o exposto, inviável revela-se o destrancamento do apelo.

Nego provimento ao agravo de instrumento do reclamado.

2.3. FGTS. ÔNUS DA PROVA.

Consta do v. acórdão regional:

“Diferenças de FGTS. Em se tratando de condenação ao pagamento de diferenças, logicamente se nada for devido, nada será pago.” (fl. 1706).

Inconformado, interpôs o segundo reclamado (ESTADO DA BAHIA) recurso de revista, ao argumento de que a egrégia Corte Regional, ao assim decidir, teria contrariado à Orientação Jurisprudencial nº 301 da SBDI-1.

Na minuta em exame, o ora agravante, ao impugnar a d. decisão denegatória, reitera as alegações anteriormente expendidas.

Sem razão.

Não há, no v. acórdão recorrido, qualquer menção sobre ônus da prova em relação ao FGTS. Tampouco a parte cuidou de opor os necessários embargos de declaração, a fim de suscitar a manifestação daquela Corte Regional sobre o tema.



PROCESSO N° TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

Logo, a discussão de tal matéria nesta colenda Corte Superior carece do indispensável prequestionamento. Incidência da Súmula n° 297.

Ante o exposto, inviável revela-se o destrancamento do apelo.

Nego provimento ao agravo de instrumento do reclamado.

2.4. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA.

Consta do v. acórdão regional:

"Multa de 40% do FGTS e multa do art. 477 da CLT. Segundo o recorrente, tendo havido acordo de pagamento das verbas rescisórias perante o Ministério Público do Trabalho, é descabida a multa do art. 477 da CLT, bem como da multa de 40% do FGTS.

Os documentos vindos aos autos não ensejam esse entendimento. Ao contrário, ao se noticiar, perante o Ministério Público do Trabalho, a liberação do FGTS e do seguro-desemprego, ressaltou-se que estavam pendentes de pagamento as verbas rescisórias, tornando devidas as mencionadas multas." (fl. 1705).

Inconformado, interpôs o segundo reclamado (ESTADO DA BAHIA) recurso de revista, ao argumento de que a egrégia Corte Regional, ao assim decidir, teria violado o artigo 477 da CLT.

Na minuta em exame, o ora agravante, ao impugnar a d. decisão denegatória, reitera as alegações anteriormente expendidas.

Sem razão.

Não há, no v. acórdão recorrido, qualquer menção sobre obrigação personalíssima ou impossibilidade de condenação subsidiária da multa prevista no artigo 477 da CLT. Tampouco a parte cuidou de opor os necessários embargos de declaração, a fim de suscitar a manifestação daquela Corte Regional sobre o tema.



PROCESSO N° TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

Logo, a discussão de tal matéria nesta colenda Corte Superior carece do indispensável prequestionamento. Incidência da Súmula n° 297.

Ante o exposto, inviável revela-se o destrancamento do apelo.

Nego provimento ao agravo de instrumento do reclamado.

2.5. JUROS DE MORA.

Interpôs o segundo reclamado (ESTADO DA BAHIA) recurso de revista, sob a alegação de que "o aresto recorrido impôs ao ente público o pagamento de juros de mora de 1% ao mês, em aberta violação à legislação ordinária e à CF" (fl. 1821).

Indicou afronta aos artigos 5º, II, e 100, § 12, da Constituição Federal e à Lei n° 9.494/97.

Na minuta em exame, o ora agravante, ao impugnar a d. decisão denegatória, reitera as alegações anteriormente expendidas.

Sem razão.

Não há, no v. acórdão recorrido, qualquer menção sobre juros de mora. Tampouco a parte cuidou de opor os necessários embargos de declaração, a fim de suscitar a manifestação daquela Corte Regional sobre o tema.

Logo, a discussão de tal matéria nesta colenda Corte Superior carece do indispensável prequestionamento. Incidência da Súmula n° 297.

Ante o exposto, inviável revela-se o destrancamento do apelo.

Nego provimento ao agravo de instrumento do reclamado.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento aos agravos de instrumento.

Brasília, 14 de dezembro de 2015.



PROCESSO N° TST-AIRR-135500-73.2008.5.05.0008

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

CAPUTO BASTOS
Ministro Relator

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 100112FC14C4EBDB23.